

## LA PROTECCIÓN DEL FUTURO Y LOS DAÑOS CUMULATIVOS (\*)

Rafael Alcácer Guirao

Profesor de Derecho Penal. Universidad Complutense

[Aquí puede descargar este artículo en formato PDF](#)

*“Compromiso hacia el medio ambiente es compromiso entre generaciones; ética ecológica es solidaridad generacional”*

Martin Rock<sup>[1]</sup>

Dos preguntas son las que quisiera dejar planteadas en la siguiente exposición. La primera es la de si el Derecho penal debe estar llamado a proteger los intereses de las generaciones futuras<sup>[2]</sup>. La segunda es si, independientemente de la respuesta que demos a la anterior, puede acomodarse esa protección a las estructuras de imputación esenciales del Derecho penal, centradas en los presupuestos de la libertad individual – en cuanto a lo protegido – y, recíprocamente, de la responsabilidad individual – en cuanto a ámbito de la imputación penal -<sup>[3]</sup>. En otras palabras – y citando cuestiones planteadas recientemente por la doctrina -, si las “estructuras de imputación atípicas”<sup>[4]</sup> que perfilarían ese “Derecho penal asegurador del futuro”<sup>[5]</sup>, y que abocan a “una nueva dogmática”<sup>[6]</sup>, son compatibles con la imagen legitimatoria del injusto culpable que actualmente preside la discusión políticocriminal.

Dichas cuestiones podrían resultar en principio extrañas a la argumentación jurídico-penal clásica, aunque, como inmediatamente se resaltará, en realidad no lo son tanto. Es evidente que los intereses de las generaciones futuras, en cuanto potenciales, no pueden encarnarse en bienes jurídicos personales como la vida, la integridad física o la propiedad, por lo que su protección no puede llevarse a cabo a través de la prohibición de lesionar esferas ajenas de libertad. Por el contrario, dicha protección sólo puede acometerse a través del mantenimiento actual de las condiciones de supervivencia futura; es decir, a través de la protección del medio ambiente.

En cuanto entorno funcional del que depende el mismo disfrute de los intereses personales, el medio ambiente aparece, indudablemente, como un interés digno de protección ya de cara a las generaciones presentes. Pero además, dado que es también condición de la supervivencia de la especie humana, con la protección del medio ambiente se aseguran también los intereses de las generaciones futuras. Como primera conclusión, entonces, parece evidente que el Derecho penal, en la medida en que protege el bien jurídico medio ambiente, protege de hecho los intereses de las generaciones futuras.

Ahora bien, con dicha conclusión no hemos contestado del todo la pregunta inicial. Del hecho de que a través de la protección del medio ambiente se protejan mediatamente los intereses de las generaciones futuras, no puede inferirse todavía que el Derecho penal deba erigir esos intereses en objeto de protección, y asumir con ello una protección directa de los mismos. En otras palabras: que la fundamentación axiológica y teleológica del bien jurídico medio ambiente venga dada en atención a dicho fin. Este interrogante no tiene, por lo demás, un mera pretensión especulativa, sino que, por el contrario, de la fundamentación que otorguemos a la protección del medio ambiente dependerán los márgenes de prohibición y los límites de imputación de responsabilidad<sup>[7]</sup>.

Con respecto a la protección del medio ambiente, es sabido que, en un plano teórico, concurren dos concepciones genéricas enfrentadas : de una parte, una visión antropocéntrica, según la cual la única razón por la que puede justificarse la protección del medio ambiente es la de su valor para los intereses humanos ; de otra parte, una visión ecocéntrica, desde la cual la “naturaleza” o la “biosfera”, con todos sus componentes - aire, mar, plantas y animales, etc. - son entidades autónomas, merecedoras, en cuanto tales, de protección ; el medio ambiente no es, en otras palabras, un medio, sino un fin en sí mismo, por lo que su protección no se legitima en virtud de su funcionalidad para intereses personales, sino por su valor intrínseco[8].

A este respecto, podemos asumir una tesis de partida: la naturaleza no tiene derechos, ni, por tanto, tenemos nosotros deberes hacia la naturaleza. Expresado en otros términos: no cabe una fundamentación biocéntrica o ecocéntrica del medio ambiente como bien jurídicopenal, sino sólo una fundamentación antropocéntrica. En realidad, la concepción puramente ecocéntrica, que sería aquella que, motivada por los movimientos ecologistas más radicales, otorga al medio ambiente, en su conjunto, prácticamente un carácter de entidad viva independiente y, por ello, viene a considerarlo “sujeto” de derechos, no es sostenida por ningún autor en la dogmática penal[9]. Existe, por el contrario, un acuerdo generalizado, tanto en el Derecho penal como en la filosofía moral y política[10], en que el medio ambiente no se protege por sí mismo, sino en aras del mantenimiento de las condiciones de supervivencia de los hombres[11], ya de nuestros contemporáneos, ya, según algunas versiones, de las generaciones venideras[12]. No hay, en suma, “derechos del medio ambiente”, ni, en rigor, tenemos “deberes hacia el medio ambiente”, sino que esos deberes vienen dados con relación a los derechos de los demás ciudadanos a unas condiciones tolerables de vida[13].

Asentado este aspecto, debe todavía establecerse una distinción entre la fundamentación última de dicha protección y la configuración axiológica que haya de adoptar el bien jurídico, por cuanto, aunque sea pacífica una fundamentación última de carácter antropocéntrico, la doctrina viene a perfilar de diferente modo la configuración del bien jurídico en virtud de una mayor o menor vinculación a los intereses personales. En primer lugar, la concepción intermedia, y quizá mayoritaria[14], que entiende que el medio ambiente - o sus entidades: flora, fauna, aguas, aire, suelo, etc. - es un bien jurídico autónomo digno de protección - y por ello, en lo tocante a la configuración del objeto de tutela, podría calificarse como “ecocéntrica” -, pero que la ratio última de su merecimiento de protección radica en la integridad de intereses humanos - por lo que, en lo relativo a su legitimación, podría considerarse “moderadamente antropocéntrica”[15] -. En segundo lugar, aquella concepción, radicalmente antropocéntrica, que rechaza que el medio ambiente sea, en sí mismo, un bien jurídico autónomo digno de protección, sino que no es más que un bien jurídico dependiente de los intereses personales, considerando que ello no es sino una técnica de tutela anticipada de la tutela de éstos, sólo desde los cuales se configura el tipo legal.

Esa distinción entre una configuración autónoma y una dependiente del bien jurídico medio ambiente llevará a perfilar de distinta forma el bien jurídico medio ambiente, así como sus criterios de imputación de riesgos[16]. Así, para esa visión autónoma el objeto de tutela será el medio ambiente en cuanto tal, en algunas de sus concreciones físicas: agua, aire, suelo, etc., lo que ya da lugar a dudas acerca de si estamos ante un delito de peligro o un delito de lesión[17]. En cambio, para la visión de la dependencia, el objeto último de tutela serán los intereses personales del ciudadano como la vida o la salud, contemplándose el bien jurídico supraindividual como el medio donde o a través del que tal afección potencial se produce, y adquiriendo su protección un carácter de anticipación de la tutela penal con respecto a esos intereses personales. Sólo en esta configuración, en virtud de esa relación entre bien jurídico-medio y bien jurídico-fin[18], puede afirmarse que el delito contra el medio ambiente es un delito de peligro, dado que el referente lesivo no es el bien jurídico colectivo, sino los intereses personales.

Asimismo, el diferente referente de lesividad conllevará una distinta posibilidad de discriminar grados de lesividad. Así, a pesar del común presupuesto antropocéntrico, mientras el otorgamiento de un carácter autónomo al bien jurídico supraindividual llevaría a concluir que la protección del bien jurídico personal se lleva a cabo de forma generalizada y abstracta, siendo mera ratio legis de la norma, por lo que no sería preciso constatar una peligrosidad del bien o los bienes personales[19], una visión más anclada en el referente del interés personal, según la cual el bien jurídico supraindividual es dependiente de aquél, llevaría a exigir un cierto grado de peligro a la vida o

integridad de las personas en el caso concreto[20]. Expresado en otros términos, si el objeto de lesión es el medio ambiente en cuanto tal, las diferencias entre el peligro y la lesión se diluyen, por cuanto el carácter supraindividual del bien jurídico dificultará en gran medida concretar un substrato empírico susceptible de afectación causal[21]. Así, por ejemplo, la nueva configuración del artículo 325 del CP español, que exige que las acciones realizadas puedan “perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales” plantea problemas de aplicación sólo resolubles mediante el establecimiento de determinados standards basados en criterios cuantitativos relativos al grado de determinadas sustancias en las emisiones o vertidos, con la inevitable remisión al Derecho administrativo, tal y como en el mismo precepto se establece, exigiéndose con la acción realizada se contravengan “las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente”. Si, en cambio, partimos de la tesis de la dependencia, la exigencia de un peligro para la vida o salud de las personas - tal y como establece la modalidad agravada del citado artículo -, permitirá establecer un espectro de distintos grados de riesgo para las mismas.

### III

Pues bien, a mi modo de ver, ambos modelos responden a una diferente aceptación de la cuestión que venimos planteando, en el sentido de que, descartada una fundamentación biocéntrica, sólo si se admite que cometido del Derecho penal es la protección directa de los intereses de las generaciones futuras, será legítima la protección autónoma del hábitat donde tales intereses se desarrollarán, sin que sea precisa la exigencia de afección potencial a los intereses de, por decirlo así, las generaciones presentes[22]. Si, en cambio, acogemos una configuración del medio ambiente como un interés dependiente de los bienes jurídicos personales, sólo podrán ser merecedoras de sanción conductas que, a través de la afección al medio ambiente, presenten un peligro – ya abstracto, ya concreto – para los mismos[23].

Planteado el primer interrogante, debe indagarse ahora sobre el segundo, el relativo a si los criterios de imputación propios del Derecho penal – o mejor: de la imagen legitimatoria del Derecho penal - están capacitados para esa protección directa de las generaciones futuras, o si es preciso modificar las estructuras de imputación vigentes. Dicha cuestión se enmarca en la más genérica discusión acerca del fenómeno expansivo del Derecho penal surgido a raíz de las nuevas necesidades y demandas de seguridad propias de la llamada sociedad del riesgo[24].

La sociedad del riesgo ha generado un fundamental cambio de la representación social sobre el progreso tecnológico : mientras que en sus comienzos la tecnología iba dirigida a disminuir, evitar o reparar riesgos emanados de la naturaleza, en la actualidad se ha convertido en la mayor fuente de riesgos[25], riesgos que adquieren una potencialidad de destrucción masiva, tanto espacial como temporalmente, capaz de afectar a poblaciones enteras, presentes o futuras. El obrar humano adquiere con ello un alcance causal sin precedentes, orientado a un futuro todavía incierto, pero de tintes catastróficos[26]. Ello lleva a otro aspecto central de la sociedad del riesgo: la tendencia expansiva de la atribución de responsabilidad[27]. En la sociedad del riesgo el reino del azar o el infortunio cede espacios a la culpabilidad[28], como una necesidad para la estabilidad social : a mayor sensación de inseguridad, mayor exigencia de individualizar responsables, para con ello encontrar una explicación al daño y una satisfacción al reproche[29].

Ello, en consecuencia, llevará al establecimiento de una nueva orientación en las estructuras de atribución de la responsabilidad, desde la que se otorgará prioridad al poder causal de destrucción sobre la capacidad de previsión del agente en su obrar[30], tal y como de forma paradigmática se muestra en la “ética orientada al futuro” propuesta por Hans Jonas en su obra El principio de responsabilidad[31]. A juicio de este autor, es preciso desarrollar una conciencia de solidaridad hacia las generaciones futuras[32], para lo que sólo esa ampliación de la responsabilidad puede venir a modificar nuestra indiferencia moral hacia las mismas.

El carácter global de esos nuevos intereses de protección, así como la perspectiva colectiva o sistémica desde la que se enfoca el poder de destrucción de la acción humana, nos enfrenta, además, a un nuevo actor protagonista : no es tanto el agente individual quien tiene ese potencial destructor, sino antes el “actor colectivo”, configurándose como tal incluso la sociedad en su conjunto[33]. Ello conlleva la asunción de una responsabilidad colectiva o vicaria, desde la cual la imputación de responsabilidad por esos grandes riesgos globales habrá de reconducirse a acciones mínimas, dado

que esos riesgos se originan a partir de una acumulación de actos individuales que, siendo en sí inocuos, podrían llevar, si todos los hiciéramos, a la destrucción futura del planeta o, por poner un ejemplo menos drástico, y más factible a corto plazo, a la destrucción irreparable de los bosques húmedos del trópico[34].

Tal es el presupuesto de los llamados daños cumulativos, que se han introducido recientemente en la discusión políticocriminal de la protección del medio ambiente, como único mecanismo efectivo para proteger directamente el medio ambiente y, con ello, las condiciones de vida de las generaciones futuras[35]. Desde ese presupuesto de imputación, no es preciso siquiera un peligro abstracto y actual para los intereses individuales, sino que bastará con que pueda concluirse una prognosis de realización futura de conductas similares por terceras personas, y que la suma de ellas alcance poder destructivo del medio ambiente, para que la conducta realizada, en sí insignificante, sea objeto de reproche penal[36].

A mi modo de ver, y como primera conclusión provisional, el presupuesto de imputación basado en el daño cumulativo sólo puede justificarse desde el presupuesto axiológico de la necesidad y merecimiento de protección de las generaciones futuras como cometido del Derecho penal, desde el cual el medio ambiente se erige en instancia autónoma de protección[37], no precisando la lesividad penalmente relevante, entonces, de un cierto peligro para intereses personales.

Ello nos enfrenta a una imagen del Derecho penal de difícil acomodación a las estructuras de imputación del Derecho penal basado en la libertad individual[38]. Así, como dos imágenes genéricas, los caracteres de ambos modelos de Derecho penal serían los siguientes. El modelo de Derecho penal actual, fundado, por decirlo así, en la competencia por la propia esfera de libertad y organización, sería el siguiente:

- Un marco de legitimidad de sus intereses a proteger centrado, con relación a su fundamento, en los intereses personales.

- Una estructura de imputación basada en la responsabilidad subjetiva e individual.

- Y un principio de lesividad enfocado a un resultado tangible respecto del menoscabo de un bien jurídico material, reconducible, a través de un nexo causal empíricamente verificable, a la competencia del dominio del agente en su esfera de acción más cercana[39].

Frente a esta imagen, el modelo de un “Derecho penal asegurador del futuro” habría de ser otro :

- En primer lugar, una regulación y protección de entidades supraindividuales, asegurando no tanto bienes personales como estructuras sistémicas o instituciones colectivas funcionales a la estabilidad social[40].

- En segundo lugar, una expansión de las estructuras de imputación, como ya mencionamos, con, al menos, las siguientes vertientes : responsabilidad cuasiobjetiva, centrada en una previsibilidad potencial[41], o directamente objetiva[42] ; responsabilidad colectiva de grupos sociales u organizaciones empresariales[43] o vicarial[44], en un reparto de la imputación en función de lo realizado por terceras personas, acorde a los fenómenos de delegación de control de riesgos, y de la imputación individual en virtud de una probabilidad de acumulación de acciones similares por terceros[45].

- Y, en tercer lugar, una lesividad basada en riesgos genéricos o difusos[46], delimitados en virtud de estándares formales, o en producciones de efectos vinculados sólo en virtud de una causalidad estadística[47].

#### IV

Con relación a la aptitud del Derecho penal para erigirse en factor de protección de las generaciones futuras, y a acomodarse a esos nuevos riesgos tecnológicos, la conclusión que suele extraerse es que “los nuevos riesgos no son imputables con las reglas vigentes de causalidad, culpabilidad y responsabilidad”[48], por lo que no aparece prima facie como un medio adecuado para enfrentarse a esa aspiración[49]. Tal es, en particular, la tesis sostenida por la llamada “Escuela de Frankfurt”. Por parte de este sector doctrinal se sostiene que la pretensión de regular con el Derecho penal procesos sistémicos y macrosociales, con la consiguiente modificación expansiva de la responsabilidad, le haría perder sus perfiles liberales, cayendo en una exclusiva orientación preventiva exenta de límites garantísticos y en el abandono de su cometido básico de la protección de esferas personales de libertad[50]. Además, esa empresa estaría condenada a la ineficacia,

degenerando en funciones puramente simbólicas de legitimación del poder público o de fomento de actitudes morales hacia determinados temas de actualidad como el medio ambiente[51]. En suma, desde este sector vendría a rechazarse la aspiración de erigir el Derecho penal en un medio de seguridad para las generaciones futuras.

A esta línea político-criminal le reprocha el sector que podríamos llamar “modernizador” que con ello se renuncia a acomodar el Derecho penal a la nueva configuración de la sociedad tecnológica. La Escuela de Frankfurt, afirma Schünemann, “no tiene en cuenta las dimensiones de las distintas potencialidades de lesión de una determinada sociedad en función de su estadio tecnológico”, viniendo a dar prioridad a “la más absurda apetencia del individuo egoísta” frente “a las condiciones de vida de las generaciones futuras”[52]. “La teoría personal del bien jurídico (...) ha elevado a la categoría de objeto de protección de mayor rango del Derecho penal al despilfarro de los recursos de las generaciones venideras por parte del hedonismo sin sentido de un pseudoindividualismo”[53]. Para este sector doctrinal, por el contrario, la protección del medio ambiente viene a convertirse en uno de los intereses esenciales a proteger por parte del ius puniendi, y ello se fundamenta precisamente en la improrrogable necesidad de garantizar la supervivencia del futuro de la especie humana[54]: “¿En qué ámbito podría ser más imprescindible el acto de legítima defensa de la sociedad que en última instancia es el Derecho penal que para el aseguramiento de las bases de la supervivencia de la humanidad?”, se pregunta Schünemann[55].

Y es esa prioridad axiológica del aseguramiento del futuro lo que lleva a este sector a otorgar legitimidad no sólo a la técnica generalizada del peligro abstracto, sino a la tipificación de daños cumulativos, tal y como especialmente ha desarrollado Kuhlen con respecto al delito de contaminación de las aguas del StGB. El Derecho penal medioambiental, a juicio de este autor, ha de “renunciar a la exigencia de una lesión o puesta en peligro del bien jurídico y, para los tipos penales más relevantes en la práctica, como el delito de contaminación de las aguas, ni siquiera exigir una relación de peligro abstracto entre la acción individual y el bien protegido” [56]. Desde esta perspectiva, el efecto cumulativo se convierte en el paradigma lesivo del Derecho penal del medio ambiente. El fundamento de estos delitos radica en que, a pesar de que bienes jurídicos universales como el medio ambiente no pueden ser lesionados por acciones individuales, éstas acciones deben ser abarcadas por la norma, “porque sin una prohibición reforzada por la sanción sobre acciones de ese tipo habría de esperarse la realización de un gran número de ellas, lo que tendría como consecuencia un menoscabo de las funciones protegidas de las aguas”[57]. Ello, replica Kuhlen a sus críticos, en absoluto significa que se vulnere el principio de culpabilidad, fundamentando la responsabilidad en virtud de lo realizado por terceras personas. Por el contrario, la cuestión de si cabe esperar que sin la existencia de la prohibición un gran número de personas realizaran pequeños vertidos a las aguas, cuya acumulación diera lugar a grandes lesiones, es relevante únicamente de cara a la fundamentación de esa prohibición; una vez decidida dicha cuestión, el enjuiciamiento se basa exclusivamente en la propia conducta, por lo que la responsabilidad se remite al injusto propio de esa acción[58].

Pero quizá más relevante pueda ser la objeción relativa a la vulneración del principio de proporcionalidad entre el grado de injusto y sanción[59], dada la evidente desproporción entre una conducta con un grado ínfimo de peligro y una pena de hasta cinco años de pena privativa de libertad. Pero Kuhlen atribuye a ese reproche un carácter secundario, dada precisamente la trascendencia de la protección de las condiciones de vida de las generaciones futuras[60]. Con ello, entonces, viene a reconocer que la protección penal de esos intereses, caracterizada por la organización de problemas sistémicos, de “grandes riesgos” [61], a través de la regulación de conductas individuales, conlleva necesariamente una alteración y “funcionalización” de los principios garantísticos y de imputación propios del Derecho penal tradicional.

Tal es, en efecto, el presupuesto que aglutina las críticas doctrinales a la introducción del fundamento del daño cumulativo en el Derecho penal. Así, de una parte, se afirma que con ello se prescinde de la exigencia de una mínima lesividad de la acción, por cuanto ni presenta un mínimo grado de peligro para intereses individuales, ni tampoco la acción tomada en sí misma implica un mínimo detrimento para el medio ambiente o sus concreciones físicas como el agua o el suelo[62]. Kuhlen intenta desvirtuar esa crítica por dos vías. De una parte, considerando a los delitos cumulativos como delitos de resultado, y planteando con ello un resultado específico a ese tipo de



acciones, consistente en la exigencia de un efectivo menoscabo de la situación anterior de las aguas [63]. A mi entender, esa configuración no es más que retórica, en cuanto que no legitima, sino que sólo describe. Ciertamente, de todo vertido de sustancias contaminantes, por mínima que sea, puede afirmarse que modifica la situación de pureza anterior de las aguas, pero la cuestión es que ese “resultado”, perfectamente imputable a la acción del sujeto, presenta un grado de afección mínimo con respecto al estado general de contaminación de una masa de agua. De hecho, es asumido que la lesividad para el medio ambiente de estas acciones sólo puede justificarse en virtud de la expectativa de acciones similares por terceras personas. Así, el mismo Kuhlen reconoce que, si bien puede afirmarse el carácter de delito de resultado, lo que no puede predicarse es un delito de lesión, conllevando en realidad un grado de peligro inferior al de los delitos de peligro abstracto [64].

De otra parte, como ya se ha mencionado, la legitimación última de castigar bajo pena conductas de lesividad “insignificante” viene dada por la necesidad de ejercer una protección efectiva a las condiciones de las generaciones futuras, condiciones que sólo pueden menoscabarse por la continuidad generalizada de acciones realizada por la sociedad en su conjunto.

Lo que, por tanto, viene a fundamentar la imputación de responsabilidad del agente no es sino el pronóstico de realización de acciones futuras por parte de otros agentes. Es decir, y como suele objetarse, estamos ante una fundamentación del injusto ex iniuria tertii [65], indudablemente rechazable desde los presupuestos legítimos de imputación configurados en torno a la competencia por la propia autonomía individual con respecto al menoscabo de una esfera de libertad ajena, que exige un reproche de culpabilidad basado en un hecho lesivo individual, y no una “culpabilidad colectiva” o vicaria [66].

Como ya se puso de manifiesto, dada la imposibilidad de establecer un nexo de lesividad relevante entre las mínimas contribuciones individuales y el medio ambiente como entidad sistémica o supraindividual, el único criterio de lesividad susceptible de aplicación práctica ha de venir dado por el establecimiento de determinados standards de contaminación, arbitraria y formalmente fijados por las respectivas regulaciones del Derecho administrativo, con los problemas, ya conocidos, que ello genera [67].

Y esa es la conclusión a la que, en suma, suele llegarse por los sectores críticos a la pretensión de que el Derecho penal se erija en instancia reguladora de los problemas de las “grandes cifras” y baluarte del aseguramiento del futuro: que con esa nueva conformación del aparato punitivo se pasa a una “administrativización” del Derecho penal, desde la cual lo relevante no es ya la reacción ético-jurídica a una lesión culpable de intereses ajenos, sino un cometido de gestión y organización de contextos sociales de riesgo [68].

## V

Tras lo afirmado, puede llegarse a un par de conclusiones:

Primero. Tanto el intento de legitimación de Kuhlen de determinados tipos legales relativos a la protección del medio ambiente a partir del daño cumulativo, como la crítica que contra esa defensa se ha efectuado por el sector doctrinal opuesto parte de una determinada fundamentación del hecho punible, así como, por tanto, de un determinado esquema de imputación. Esa fundamentación parte de entender el delito como una lesión de esferas de libertad ajenas, en virtud de una imputación basada en la competencia individual por la propia organización de ámbitos de riesgo, como sinalagma de la libertad de organizar la propia esfera de autonomía personal [69].

Segundo. Parece indudable, entonces, que desde ese modelo de la autonomía personal no puede legitimarse la protección autónoma del medio ambiente; es decir, como instancia trascendente al entorno de disfrute y desarrollo de la libertad de las generaciones presentes. En otros términos: no puede legitimarse esa protección desde la consideración axiológica de la supervivencia de las generaciones futuras, las cuales, en cuanto futuras, impiden instaurar ese sinalagma recíproco entre la libertad intersubjetiva de organizar la propia autonomía y la responsabilidad por las consecuencias para la libertad ajena. Si ello es así, en dicha imagen del hecho punible no podrán encuadrarse acciones que no presenten ese mínimo de potencial afección a esa libertad ajena: un mínimo de peligro para intereses personales. A sensu contrario, un modelo de Derecho penal basado en la autonomía personal sólo podrá legitimar la protección del medio ambiente como un bien jurídico

dependiente de intereses personales, siendo susceptible de merecimiento de pena exclusivamente la conducta que, a través del menoscabo del medio ambiente, ponga asimismo en peligro, concreto o abstracto, las condiciones de libertad de las generaciones presentes: bienes jurídicos personales como la vida o la salud individual[70].

Tercero. Si permanecemos en dicho modelo de fundamentación del injusto penal, en el que lo relevante es el riesgo personalmente imputable para la libertad ajena, la protección autónoma del medio ambiente y los delitos cumulativos adquieren ese perfil de gestión de riesgos sectoriales propio del derecho administrativo, lo que evidentemente excede de las lindes de legitimación que ese modelo del Derecho penal demarca[71]. La conclusión, entonces, resulta clara: desde un Derecho penal fundado en la autonomía personal ni la protección de las generaciones futuras ni, por tanto, el presupuesto del daño cumulativo, serían legítimos.

## VI

Llegados a este punto, considero que quizá fuera posible hallar otra vía para argumentar de lege lata una fundamentación acerca de la protección directa de las generaciones futuras por el Derecho penal y, con ello, la tipificación de daños cumulativos en el medio ambiente, más allá de que esta argumentación pueda ser asimismo rechazable de lege ferenda. Dado que el principio de la autonomía individual no es apto para tal fin, la vía argumentativa pasaría por acoger el otro gran presupuesto de fundamentación de la imputación penal: el de la solidaridad.

Dicho presupuesto de imputación de responsabilidad está basado, como ha puesto de manifiesto Jakobs, no en la libertad individual de organizar, no en el *neminem laedere*, sino en la existencia de determinadas instituciones fundamentales para la vida social, desde las cuales surge un deber de fomento y mantenimiento de las mismas[72]. El fundamento del deber surge, entonces, no debido a la relación negativa de la acción realizada con el bien, sino a una vinculación positiva y previa entre el agente y la institución, vinculación basada en la solidaridad en cuanto expresión de un mundo en común y, por tanto, en el deber de sus miembros de mantener la continuidad sin cambios de la institución. No es, por ello, dependiente de un derecho de libertad de terceros frente al que se limita la libertad del agente. Como se ha puesto de manifiesto, “la idea de la solidaridad no fundamenta derechos del individuo, sino que interpone deberes; no se dirige a la evitación de ataques externos en la autonomía del individuo, sino que exige la renuncia a la consideración de derechos propios en favor de la comunidad u otros individuos”[73].

Pues bien, a mi modo de ver, la protección del medio ambiente como bien jurídico autónomo y la presencia de daños cumulativos puede obtener un mejor acomodo desde su fundamentación basada en la solidaridad. Son, básicamente, tres razones las que avalarían esta conclusión.

De una parte, esa fundamentación aparece más acorde con el debate filosófico de fondo acerca de la protección de las generaciones futuras. En efecto, dado su carácter potencial, las relaciones entre un agente y las generaciones futuras no puede basarse en una relación de reciprocidad entre esferas de autonomía individual[74] – más gráficamente: no puede lesionarse la libertad de quien no existe –, pero el deber de fomentar su supervivencia futura sí puede venir basado en una vinculación de solidaridad hacia nuestros semejantes, en virtud de la macroinstitución de la especie humana y su pertenencia a un mundo en común. Tal es, de hecho, la legitimación de fondo de autores como Hans Jonas con su ética orientada al futuro: el fomentar los vínculos de solidaridad con la especie humana en cuanto tal, presente o futura[75].

"La fundamentación del respeto al medio ambiente en virtud de ese presupuesto de solidaridad hacia las generaciones futuras y, por ello, la consideración del medio ambiente como un bien institucional aparece, por ejemplo, claramente formulada en las consideraciones que al respecto hace Martín Rock: “El medio ambiente es un bien común porque también las generaciones venideras desean obtener un entorno habitable. Compromiso hacia el medio ambiente es compromiso entre generaciones. Ética ecológica es solidaridad generacional. Nosotros, los hombres del presente, estamos éticamente obligados a conseguir las condiciones elementales para que los que nos sucedan puedan no sólo vivir, sino vivir dignamente; se trata del aseguramiento de las bases vitales para la humanidad del mañana, a lo que el Derecho, en cuanto servidor de la vida, no puede renunciar. Si sólo

permanecemos fijados en el presente y sólo atendemos a nuestras necesidades momentáneas, no respetamos nuestra obligación para con la supervivencia de las generaciones. La corta y egoísta mirada exclusiva hacia la necesidad actual devendría – en el sentido más verdadero del término – en una “idiocia ecológica”, pues no es sino un “idiota” aquel que sólo conoce y se preocupa por lo propio.

Precisamente en aras del futuro debemos todos los hombres del presente comprometernos solidariamente en una actitud moral tendente a la protección del medio ambiente”[76].

De otra parte, la configuración del medio ambiente como bien jurídico autónomo parece llevar también a esa fundamentación. Los bienes jurídicos colectivos, más allá de las múltiples clasificaciones doctrinales, pueden dividirse en dos grandes grupos:

(1) bienes jurídicos intermedios, que se configuran como contextos previos de lesión de bienes jurídicos individuales, y que, por tanto, pueden reconducirse directamente a un bien jurídico personal (ejemplo: la seguridad del tráfico)[77].

(2) bienes jurídicos institucionales, los cuales comprenden realidades sociales que no se perfilan como meros sectores de riesgo para intereses individuales, sino que son verdaderos bienes públicos, instituciones esenciales para el desarrollo social basadas en la participación de sus integrantes, y que, por ello, su lesión tiene un carácter autónomo, y no dependiente en cuanto estadio previo a la lesión de un bien jurídico individual[78]. En ellos “no se trata de anticipar la tutela de los bienes esenciales, sino de proteger otros bienes cuya peculiar naturaleza exige el empleo de esta técnica [scil. delitos de peligro abstracto]”[79], debido a la imposibilidad de ser lesionados por una sola acción individual [80]. Es por esta razón por la que puede afirmarse que “formalmente, estamos ante delitos de lesión”[81]. Ejemplo paradigmático de los mismos es la hacienda pública, institución social que no remite a la protección directa de bienes jurídicos individuales, estando basado su injusto, el delito fiscal, no en la protección de esferas de libertad, sino en la vulneración del deber de contribuir a su mantenimiento.

Lo característico del medio ambiente es su carácter ambivalente en relación con ambas modalidades de delitos colectivos: de una parte, dado que constituye el entorno por excelencia del desarrollo de la libertad personal, puede entenderse como un bien jurídico intermedio, cuya protección será entonces dependiente de la vida o salud individual. Pero, de otra, su carácter eminentemente sistémico y global, así como el carácter autónomo de muchos de sus referentes, permite una protección independiente de la de los bienes jurídicos personales[82]. Por ejemplo, los delitos contra la flora o la fauna, en los cuales la protección de especies amenazadas de extinción sólo puede legitimarse en virtud de la posibilidad de disfrute de las mismas por las generaciones venideras, y en absoluto en cuanto suponga una merma de la autonomía personal de las presentes. En suma, si el fundamento radica en la supervivencia de la especie humana, el medio ambiente se erige en una suerte de institución autónoma, y autónomamente merecedora de protección[83].

En tercer lugar, por lo que respecta a la configuración del injusto, el fundamento de la imputación basado en la solidaridad permite considerarlo como la lesión de un deber de mantenimiento de las condiciones futuras de la humanidad[84], deviniendo innecesario concretar un marco de riesgo relevante para intereses personales, por cuanto no son intereses personales lo que se protege y legitimándose, entonces, la idea del efecto acumulativo. Ello se muestra en el hecho de que en realidad los efectos acumulativos no son ni exclusivos del medio ambiente ni tan novedosos en Derecho penal, sino que precisamente constituyen el núcleo de lo injusto en todos los delitos conformados en torno a esos bienes jurídicos institucionales, los cuales, por definición, no son susceptibles de lesión por una acción individual. Como ha afirmado Rodríguez Montañés con relación a todos los bienes jurídicos institucionales “el menoscabo de tales bienes de carácter inmaterial se produce más que por cada acto individual, por la reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento. Y ahí radica, precisamente, la dificultad de para determinar el grado de lesividad exigible a la conducta individual en relación con el bien colectivo” [85]. Así, una sola defraudación a la hacienda pública, incluso aunque exceda de la cantidad establecida para determinar su carácter delictivo, no es susceptible de lesionar causalmente la institución; por el contrario, esa lesión sólo puede darse en virtud de la acumulación de actos defraudatorios[86].

Expuesta brevemente esta tesis, puede llegarse a una conclusión: los efectos acumulativos no



pueden legitimarse desde una protección del medio ambiente basada en una tutela dependiente de los bienes jurídicos personales, por cuanto requisito de un injusto penalmente relevante desde esta perspectiva es un grado de peligro actual para intereses personales. Por ello, su presencia en los Códigos penales, en el marco de la protección de dicho bien jurídico, responde a una pretensión de protección autónoma del medio ambiente, fundamentada en la legitimidad del empleo del Derecho penal como un medio de asegurar las condiciones futuras de la especie humana. A su vez, esa aspiración y sus consecuencias sólo puede tener un fundamento basado en un principio de solidaridad hacia esas generaciones futuras, razón que explica su difícil acomodo a un modelo de protección e imputación penal basado en la autonomía individual.

Después de todo, la cuestión inicial permanece incontestada: más allá de una argumentación más o menos plausible de lege lata, ¿está legitimado el Derecho penal para proteger directamente las condiciones de supervivencia de las generaciones futuras? En otras palabras: ¿es legítimo sancionar bajo pena la defraudación de un deber de solidaridad hacia la especie humana en su conjunto?

La respuesta es: no.

## VII

Esa rotunda negativa no pretende abarcar la discusión acerca de la legitimidad de todos los bienes jurídicos institucionales, sino que va exclusivamente dirigida a rechazar la posibilidad de configurar desde dichos parámetros la protección del medio ambiente. En otras palabras: considero que los intereses de las generaciones futuras no pueden ser objeto directo de protección por parte del Derecho penal, por lo que, en virtud de las conexiones argumentativas expuestas, tampoco podrá legitimarse la configuración del medio ambiente como un bien jurídico autónomo – institucional –, ni, por ende, el criterio de lesividad basado en el daño cumulativo en dicho ámbito.

En este sentido, no habiéndose negado la legitimidad de otros bienes institucionales – hacienda pública, administración de justicia, etc. –, y perteneciendo necesariamente el fenómeno del daño cumulativo a la estructura de lesividad de los mismos, tampoco se pretende con esa negativa rechazar dicho fenómeno con carácter general.

Si asumiéramos un presupuesto liberal estricto y clásico – a la manera como parecen acogerlo algunos representantes de la Escuela de Frankfurt –, quizá sólo los bienes jurídicos supraindividuales reconducibles a la protección anticipada de esferas personales de libertad – “intermedios” – podrían caer dentro de la órbita de legitimidad del Derecho penal[87]. No obstante, considero que esa visión de la ideología liberal, que acentúa sobremanera la vertiente individualista y atomista de la sociedad, no es ni plausible hoy, ni es siquiera acorde con la doctrina liberal tal y como es hoy entendida por sus defensores[88].

En este sentido, no está de más destacar que frente al liberalismo embrionario de Hobbes, frente al liberalismo “defensivo” de Mill, o – también – frente al liberalismo “posesivo” de Locke, en el actual liberalismo político se ha otorgado una especial relevancia al papel de la cooperación intersubjetiva, a partir de una profundización en los postulados de la democracia participativa, y destacando con ello la relevancia de la participación del ciudadano en la toma colectiva de decisiones acerca de los marcos de convivencia social[89].

Pues bien, desde esa mayor relevancia otorgada a la cooperación intersubjetiva, resulta posible legitimar, desde los mismos fundamentos del liberalismo y, por tanto, desde la prioridad axiológica de la libertad individual, la creación y protección de determinadas realidades sociales de carácter público, a partir del común interés de todos los ciudadanos en su mantenimiento, dada la ampliación de las relaciones de participación en las relaciones sociales que las mismas conllevan.

Con relación a esos bienes intersubjetivos, y antes de centrar nuestra atención en el medio ambiente, conviene hacer un par de consideraciones ulteriores. Desde una perspectiva liberal, el núcleo axiológico central radica en la libertad del ciudadano, y no en la sociedad o el Estado, por lo que los intereses a proteger serán, en última instancia, los del ciudadano. Estado y sociedad, así como las estructuras que los sostienen y legitiman, son entendidos no como fines en sí mismos, o *prius* normativos, sino como medios intersubjetivos para el desarrollo de la persona en sociedad [90]; es decir, como bienes públicos de naturaleza instrumental, que deben ser protegidos y mantenidos siempre que aparezcan legítimos en tanto satisfagan las exigencias de justicia – básicamente : libertad e igualdad[91] – emanadas del contrato social[92]. Tal es la idea de fondo en

la concepción de Rawls cuando define la sociedad liberal como una “empresa cooperativa justa entre ciudadanos libres e iguales para el beneficio mutuo”[93]. Desde esa perspectiva, la valoración positiva de las instituciones públicas viene dada por su funcionalidad para la maximización de los intereses de la persona, por lo que su protección como bienes jurídicos sólo será justificada desde esa perspectiva personalista[94].

Tal es el núcleo correcto de la teoría personal del bien jurídico desarrollada por la Escuela de Frankfurt. Desde mi punto de vista, la noción de bien jurídico personal no pretende ofrecer una definición extensiva del concepto de bien jurídico, sino un criterio de legitimación del ámbito de intereses merecedores de tutela penal. Concebido como una definición, es indudable que bajo la misma sólo podrían subsumirse aquellos intereses circunscritos al ámbito de la persona, quedando fuera bienes jurídicos como el medio ambiente, pero, en rigor, también bienes como la administración de justicia o la seguridad del tráfico, entre otros. Ese atributo de lo personal no remite, entonces, a la configuración del bien jurídico, sino a un criterio de legitimación, desde el cual no pretende limitarse lo protegible a intereses exclusivamente vinculados a la persona - vida, salud, propiedad -, sino partir del presupuesto de que sólo aquellos intereses que puedan contemplarse como condiciones esenciales para el desarrollo de la libertad personal, es decir, que operen como medios para el aseguramiento de los intereses personales, pueden ser legítimamente tutelados por vía de la sanción penal[95]. El canon de legitimación es, entonces, la funcionalidad del bien jurídico supraindividual para los intereses personales; al igual que, por lo demás, lo que legitima a todo bien jurídico personal es su funcionalidad para el desarrollo de la libertad personal, núcleo al que, en última instancia, ha de reconducirse el fundamento de todo bien jurídico protegido.

Según dicho criterio de legitimación, la fundamentación de las normas penales ha de estar basada en el mantenimiento de las condiciones esenciales que permiten el desarrollo de la libertad del ciudadano en la sociedad, y dichas condiciones no se limitan a los bienes estrictamente personales, como la vida, la integridad física o la propiedad, sino que se extienden también a bienes de titularidad intersubjetiva, tales como instituciones públicas - administración de justicia o hacienda pública, por ejemplo - o como intereses de titularidad colectiva que proporcionan una esfera de protección mediata a los bienes personales de titularidad individual, tal como creo que debe configurarse la protección del medio ambiente[96]. Ello ha sido también destacado por Kindhäuser. Después de poner de manifiesto la vinculación existente entre el concepto personal de bien jurídico y el criterio liberal de legitimación de instituciones públicas del contrato social, afirma que “según esta concepción, bienes jurídicos son los atributos de los hombres, objetos e instituciones que sirven al libre desarrollo personal, los cuales son merecedores de protección desde el principio de la más beneficiosa coexistencia universal en libertad”[97].

A partir de estos presupuestos, el bien jurídico puede concebirse como un estado, objeto o institución positivamente valorado en virtud de su funcionalidad para el desarrollo de la libertad de la persona en sociedad a través de la cooperación intersubjetiva. La definición de Kindhäuser corre en la misma dirección: “Dado que el fin del Derecho en una democracia es el aseguramiento de la integración social a través del acuerdo sobre esferas de libertad para el desarrollo personal, los bienes jurídicos se configuran como las condiciones de participación, orientada al acuerdo, en la integración social justa e igualitaria. Brevemente: los bienes jurídicos son condiciones de la participación social”[98]. Ello se corresponde con la actual concepción del liberalismo político, que no contempla, como lo hiciera el hobbesiano - liberal pero no demócrata -, al individuo aisladamente y frente a los demás, sino enmarcado en relaciones de interacción social basadas en la participación cooperativa. “No se trata - resalta con razón Kindhäuser - del aseguramiento de bienes de individuos aislados, sino del aseguramiento de bienes en procesos sociales ‘juridificados’, es decir, de garantizar las condiciones bajo las cuales el individuo pueda ostentar su papel en la coordinación social de acciones”; en suma, “protección de bienes jurídicos significa la protección de las bases para el libre desarrollo de individuo bajo el aspecto de su participación igualitaria en la interacción social orientada al acuerdo”[99]. Y para el desarrollo del individuo no sólo será precisa la protección inmediata de los bienes circunscritos a la libertad personal, sino asimismo la protección mediata de los mismos a través de la tutela de estadios intermedios de la organización social - bienes jurídicos intermedios -, así como la protección de instituciones públicas - bienes jurídicos institucionales -, los cuales pueden configurarse como bienes jurídicos colectivos.

Con respecto a estos últimos, resulta indudable que el grado de desarrollo alcanzado en las actuales

sociedades ha configurado determinadas instituciones colectivas, de titularidad social, que, sin ser directamente reconducibles a bienes jurídicos personales – en lo relativo a los modos de lesión –, ejercen una función social indudablemente maximizadora de las posibilidades de participación social del ciudadano. Por continuar con los ejemplos manejados, tanto la delegación democrática de la administración de justicia en manos del Estado, como el establecimiento de un sistema de hacienda pública, ofrecen al ciudadano marcos sociales de libertad tan importantes que convierten a dichas instituciones en merecedoras de protección penal.

La protección de esos bienes jurídicos institucionales, y su fundamentación basada en esa participación solidaria<sup>[100]</sup> es inherente, además, a la vertiente no sólo democrática, sino también social del Estado actual, vertiente social que, ciertamente, acentúa los deberes positivos de solidaridad con respecto a la exclusiva limitación de los deberes negativos (basados en la autonomía) del estado liberal. Así, por ejemplo, resalta Bustos que

“El Estado tiene hoy que atender a las necesidades de todos y cada uno de los miembros de la sociedad, con el objeto justamente de tender a una libertad e igualdad material. Ello requiere entonces la intervención estatal no sólo fundamentalmente para reprimir, como sucedía en la concepción del Estado guardián, sino para promover la atención a dichas necesidades, superando las disfuncionalidades económicas y sociales. Luego el bien jurídico aparece como una relación social en que se da la interrelación entre los sujetos entre sí y el Estado (...) Se trata de una consideración macrosocial y no microsocial, como es el caso de los bienes jurídicos tradicionales de carácter individual”.

Pero, como el mismo autor, en la línea de lo aquí sostenido, pone de manifiesto, ello no implica un alejamiento de los intereses del ciudadano:

“Pero sería equivocado hablar de bienes jurídicos supraindividuales, es decir, que constituyan una categoría que está por encima del individuo o más allá de él, pues ellos están en función de todos los miembros de la sociedad, en consideración a cada uno de ellos (...) El término colectivo pretende excluir la discriminación, el beneficio unilateral, la parcialidad en la protección, pero en caso alguno quiere significar la existencia de una razón superior al individuo (razón social o de Estado o de seguridad) al cual éste quede sometido. Por el contrario, se trata de atender materialmente a sus necesidades, para que a su vez la protección a su vida, a su salud, a su libertad, etc., adquieran un sentido material (...) Los bienes jurídicos colectivos aparecen, por tanto, como complementarios, desde una perspectiva material, a los bienes jurídicos individuales. Luego los bienes jurídicos colectivos hay que definirlos a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social”<sup>[101]</sup>.

Obvio es apuntar que no de todos los bienes institucionales puede predicarse ese merecimiento de protección: especialmente en el ámbito socioeconómico pueden albergarse serias dudas acerca de si la protección de determinadas realidades sociales – baste citar los delitos societarios – son susceptibles de vincularse de esa forma a la libertad del ciudadano. No obstante, no es objeto de estas páginas entrar en dicha polémica, por lo que dejaremos aquí esta cuestión.

El fundamento de dichas instituciones, como se ha afirmado, radica en la cooperación intersubjetiva y, por tanto, en el fomento de los ciudadanos a su mantenimiento. Por esa razón, la obligación jurídico-penal con respecto a estos bienes jurídicos no puede partir directamente del respeto a la autonomía individual, sino de un deber de participación: de la solidaridad. Y es debido a ese hecho por lo que, con respecto a la concreción de los criterios de lesividad, no pueda afirmarse capacidad lesiva de una sola acción: dado su basamento colectivo, la realización de una acción contraria al deber no menoscabará materialmente la institución, aunque sí pueda afirmarse que con ella viene a ponerse en duda la confianza de los ciudadanos en la misma y, en esa medida, pueda hablarse de un “daño”. Tal es la razón por la que a estos delitos contra bienes jurídicos institucionales les es inherente la idea del daño acumulativo: en virtud de ese componente inmaterial o – por decirlo a la manera clásica – “intelectual” del daño propio de estos bienes institucionales, lo

relevante es la pérdida de confianza en la función social que esas instituciones ejercen, pérdida de confianza que se cifra antes en la defraudación de la expectativa de la continuidad en la participación y fomento en favor de la institución por parte de terceras personas que en la relevancia intrínseca a la acción realizada para la continuidad sin cambios de esa institución.

En realidad, podría afirmarse que la idea del daño acumulativo aparece en la misma fundamentación de la pena, con respecto a la prevención general, tanto negativa como positiva. Así, una sola acción delictiva no es susceptible de hacer desaparecer la seriedad de la amenaza, ni de menoscabar seriamente la vigencia del ordenamiento; por el contrario, la vigencia del “bien público” que es el ordenamiento jurídico-penal sólo puede llegar a menoscabarse socialmente a través de una continuidad de acciones delictivas[102].

En este sentido, la idea del daño acumulativo no puede expulsarse del Derecho penal sin expulsar al mismo tiempo de su catálogo de intereses protegidos numerosos bienes jurídicos colectivos institucionales que indudablemente son merecedores, desde esa perspectiva liberal, de protección.

No obstante, que ello sea así no implica necesariamente que esa deba ser la estructura que deba adoptar la protección del medio ambiente. Lo relativo al merecimiento de protección de dicho bien jurídico ha de venir dado, al igual que con respecto a cualquier otro interés, por su funcionalidad para la maximización para la libertad del ciudadano. Pues bien, ahí radica, a mi entender, la diferencia esencial del medio ambiente como “institución” y el resto de los bienes jurídicos institucionales citados. A diferencia de éstos – quedémonos con los mencionados hasta ahora –, en los cuales ya estructuralmente es imposible establecer una vinculación directa entre formas de lesión a los mismos y libertad individual – en otras palabras, no pueden reformularse como bienes jurídicos intermedios [103] –, el medio ambiente sí puede formularse como un bien jurídico intermedio, dada su condición de entorno previo de disfrute – y, por tanto, e inversamente, de ataque – de bienes personales como la vida o salud individual[104]. Y si se prescinde de esa vinculación, y, por ello, se renuncia a incluir – ya expresamente por el legislador, ya, en lo posible, por vía de interpretación – la exigencia de un peligro para los bienes jurídicos individuales, ello es precisamente debido a la previa renuncia a asumir una fundamentación axiológica basada en su funcionalidad para la libertad de los ciudadanos, y al presupuesto de erigir la protección del medio ambiente como medio anticipado de protección de las generaciones venideras.

Pues bien, a mi entender, y desde los presupuestos citados, esa protección de esferas futuras de libertad no se acomoda a los fundamentos de un Derecho penal liberal, por cuanto, como digo, y a diferencia de lo afirmado con respecto a esos otros bienes jurídicos institucionales, no cabe hallar un vínculo axiológico con la libertad de los ciudadanos que justifique su criminalización en cuanto “institución” autónoma.

No se trata, ciertamente, de rechazar de plano la protección del medio ambiente como “institución” a través del Derecho, ni, por supuesto, de restar legitimidad moral a las aspiraciones de una conciencia ecológica solidaria hacia las condiciones de supervivencia de las generaciones futuras. Lo único que se está afirmando es que el medio legítimo para ello no puede ser la restricción de la libertad a través de la pena, instrumento que, en virtud de esa incidencia en la libertad del ciudadano, sólo puede emplearse legítimamente cuando ello sirva para proteger las condiciones esenciales de la misma libertad del ciudadano. El fundamento radica, así, en el presupuesto básico liberal formulado por Rawls en su Teoría de la Justicia, especialmente relevante para la discusión relativa al merecimiento y necesidad de pena: “la prioridad de la libertad sólo puede ser restringida a favor de la libertad en sí misma”[105]; que, en virtud de la particularidad del Derecho penal – particularidad cifrada en su consecuencia jurídica pena – puede reformularse en los términos de Kindhäuser:

- (1) “La pena criminal no es un hecho beneficioso, sino un mal, y un mal de naturaleza especial: a través de la imposición de la pena se expresa al mismo tiempo una censura ético-jurídica sobre una conducta negativa anterior”.
- (2) “Si la pena se dirige a la persona, entonces la culpabilidad, a través de la que se retribuye la pena, debe radicar en un uso incorrecto de la libertad personal: la culpabilidad es la defraudación de una libertad incorrectamente empleada”. La libertad debe entenderse como “una relación de mutuo reconocimiento como sujetos libres”. “La culpabilidad es la atribución de responsabilidad por el atentado a la norma social básica que constituye la relación de mutuo reconocimiento como sujetos libres: la coordinación justa entre esferas de libertad”.
- (3) “Si la culpabilidad está vinculada a una conducta a través de la que el autor demuestra que



no respeta la libertad ajena, la norma contra la que el autor atenta debe ser una norma dirigida a proteger la libertad ajena”<sup>[106]</sup>.

En suma, las normas jurídicas protegidas bajo pena sólo pueden legitimarse en cuanto protejan las condiciones básicas de la libertad personal. Por ello, el medio ambiente sólo podrá ser legítimamente protegido con la pena cuando se configure como un medio de protección de las condiciones de libertad de las generaciones presentes, para lo que la norma deberá prohibir sólo conductas que, lesionando el medio ambiente, ponga en peligro intereses esenciales del ciudadano, por cuanto una agresión al medio ambiente sin ese riesgo añadido no puede reconducirse a un detrimento de la libertad individual.

## VIII

Con ello llego al final de estas consideraciones, que, en cuanto genéricas y de carácter políticocriminal, no pretenden entrar a una interpretación de lege lata de los tipos penales existentes sobre la protección del medio ambiente. La conclusión sería, entonces, que el Derecho penal no está legitimado para proteger directamente el futuro: los intereses potenciales de las generaciones venideras, sino que esa labor sólo puede llevarla a cabo a través de la protección de las generaciones presentes: de las condiciones de libertad de los ciudadanos. Ello conlleva, con respecto a la técnica y límites de la protección del medio ambiente, que el bien jurídico debe concebirse y estructurarse como un bien jurídico intermedio de referente individual, exigiendo, como criterio de lesividad y de merecimiento de pena, un riesgo para los intereses personales, exigencia que el paradigma del daño cumulativo no satisface.

## NOTAS

\*Texto ampliado de la ponencia presentada en las VII Jornadas de Profesores y Alumnos de Derecho Penal de las Universidades de Madrid, celebrada los días 10, 11 y 12 de abril en la Universidad Autónoma de Madrid.

[1] ROCK, *Theologie der Natur und ihre anthropologisch-ethischen Konsequenzen*, en: Birnbacher (editor), *Ökologie und Ethik*, 1996 (edición original 1980), pp. 73 ss., p. 97.

[2] Cfr. STRATENWERTH, *Zukunftssicherung mit dem Mitteln des Strafrechts?*, ZStW 105 (1993), passim, donde se plantea precisamente la viabilidad de un aseguramiento del futuro con los medios del Derecho penal.

[3] Sobre esa imagen legitimatoria del Derecho penal, cfr., por ejemplo, SEELMANN, *Rechtsphilosophie*, 2ª edición, 2001, p. 200 ss.; el mismo, *Atypische Zurechnungsstrukturen im Umweltstrafrecht*, NJW 1990, p. 1262; KINDHÄUSER, *Sicherheitsstrafrecht*, Universitas 1992, pp. 231 ss.; el mismo, *Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht*, en: Schünemann/Suárez González (editores), *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*. Madrid-Symposium für Klaus Tiedemann, 1994, pp. 125 ss.; STRATENWERTH, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4ª edición, 2001, 6/18.

[4] Vid. SEELMANN, NJW 1990, pp. 1257 ss.

[5] STRATENWERTH, ZStW 105 (1993), p. 680.

[6] Vid. KUHLEN, *Umweltstrafrecht, auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*, ZStW 105 (1993), pp. 697 ss.

[7] En este sentido, por ejemplo, BLOY, *Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes*, ZStW 100 (1988), pp. 496-497.

[8] Distintas exposiciones sobre estas dos concepciones básicas del medio ambiente pueden encontrarse, por ejemplo, en HOHMANN, *Von der Konsequenzen einer personalen Rechtsgutsbestimmung im Umweltstrafrecht*, GA 1992, pp. 80 ss.; KUHLEN, ZStW 105 (1993), pp. 701 ss.; STRATENWERTH, ZStW 105 (1993), pp. ; BLOY, ZStW 100 (1988), pp. 488 s.; MÜLLER-TUCKFELD, *Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente*, en: La insostenible situación del Derecho penal, 2000, pp. 509 ss. Desde un plano ético, cfr. por ejemplo, BIRNBACHER, *Verantwortung für zukünftige Generationen*, en: Sandkühler (editor), *Freiheit, Verantwortung und Folgen in der Wissenschaft*, 1994, p. 80pp. 81 ss.

[9] Sobre ella, en sentido crítico, cfr. KUHLEN, ZStW 105 (1993), p. 702, destacando la escasa atención recibida por la doctrina penal. El rechazo de esa línea de pensamiento es manifestado por SILVA SÁNCHEZ, *¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del Código Penal*, LL 1997, p. 1715 : “De entrada, la tentación que procede evitar es la de construir el bien jurídico en los delitos contra el medio ambiente a partir de las pretendidas exigencias de una ética de corte ecologista”; BLOY, ZStW 100 (1988), p. 493; MÜLLER-TUCKFELD, *Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente*, p. 509. Crítico en general con una ética biocéntrica y con el postulado de los “derechos propios de la naturaleza”, KRAWIETZ, *Eigenrechte der Natur?*, Stree/Wessels-FS, pp. 11 ss.; KINDHÄUSER, *Rechtstheoretische Grundfragen des Umweltstrafrechts*, Helmrich-FS, pp. 970 ss.

[10] Cfr., por ejemplo, STERZEL, *Ökologie, Recht und Verfassung*, KJ 1992, pp. 20-21; KRAWIETZ, Stree/Wessels-FS, pp. 21 ss. Aunque en este ámbito la opción ecocéntrica posee más seguidores. Cfr., por ejemplo, SPAEMANN, *Technische Eingriffe in die Natur*, en: Birnbacher (editor), *Ökologie und Ethik*, 1996 (edición original 1980), pp. 197



ss.; FRASER-DARLING, Die Verantwortung des Menschen für seine Umwelt, en: Birnbacher (editor), Ökologie und Ethik, 1996 (edición original 1980), pp. 9 ss., pp. 10 s. (Para una crítica de las tesis de este autor cfr. BIRNBACHER, Sind wir für die Natur verantwortlich?, en: Birnbacher (editor), Ökologie und Ethik, 1996 (edición original 1980), pp. 103 ss., pp. 106 ss.; PASSMORE, Der Unrat beseitigen. Überlegungen zur ökologischen Mode, en: Birnbacher (editor), Ökologie und Ethik, 1996 (edición original 1980), pp. 207 ss.)

[11]Dicho acuerdo es resaltado por SILVA SÁNCHEZ, LL 1997, p. 1715.

[12]Ni siquiera Hans Jonas asume una ética totalmente biocéntrica : “En la medida en que es el destino del hombre, en su dependencia del estado de la naturaleza, el referente último que hace del interés en la conservación de ésta un interés moral, también aquí ha de conservarse la orientación antropocéntrica de toda la ética clásica” (JONAS, El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica, 1995, p. 33) ; aunque no deja de plantearse después, sin llegar a tomar postura, si en una nueva ética de la era tecnológica no sería preciso también un cambio de actitud acerca de esta cuestión, ampliando el marco de los “fines en sí mismos” más allá del ser humano (pp. 34-35).

[13]En sentido similar, Arthur KAUFMANN, Gibt es Rechte der Natur?, Spindel-FS, 1992, p. 73. Vid. también, entre otros, HORMAZÁBAL, Delito ecológico y función simbólica del Derecho penal, en: Terradillos (editor), El delito ecológico, 1992, pp. 54-55 ; PAREDES CASTAÑÓN, Responsabilidad penal y nuevos riesgos: el caso de los delitos contra el medio ambiente, AP 1997, p. 219. Vid., además, TRIBE, Was spricht gegen Plastikbäume?, en: Birnbacher (editor), Ökologie und Ethik, 1996 (edición original 1980), pp. 20 ss., p. 33-34, destacando que esa tradición ética es uno de los “límites ideológicos” que impiden un asentamiento de la ética ecológica, y poniendo de manifiesto (p. 37) que desde postulados liberales como la justicia como imparcialidad de Rawls – a partir de la imagen del contrato social -, la fundación de deberes hacia la naturaleza aparecería incoherente.

[14] BLOY, ZStW 100 (1988), pp. 488, 497

[15]Cfr. GARCÍA RIVAS, Delito ecológico. Estructura y aplicación judicial, 1998, pp. 125. O “moderadamente ecocéntrica” (SCHÜNEMANN, Zur Dogmatik und Kriminalpolitik des Umweltstrafrechts Triffterer-FS, p. 453), si se prefiere.

[16]Ello es destacado por BLOY, ZStW 100 (1988), p. 497.

[17]Cfr. infra en nota 74.

[18]Cfr. SEELMANN, NJW 1990, p. 12

[19]BLOY, ZStW 100 (1988), p. 489 ; SILVA SÁNCHEZ, LL 1997, p. 1715.

[20]En este sentido, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, LL 1997, p. 1715. De forma similar, con relación a la seguridad del tráfico, FEIJOO SÁNCHEZ, Seguridad del tráfico y delito de peligro concreto, LL 1999, p. 1882. También RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, dolo e imprudencia, 1994, p. 299 ss., si bien diferenciando clases de bienes jurídicos supraindividuales. Sobre esto último volveremos posteriormente.

[21]Ello es, por ejemplo, resaltado recientemente por SCHÜNEMANN, Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht, en Kühne/Miyazawa (editores), Alte Strafrechtsstrukturen und neue gesellschaftliche Herausforderung in Japan und Deutschland, 2000, p. 25, estableciendo una diferenciación en relación con las posibilidades de apreciar grados de peligro en función de la clase de bien jurídico supraindividual

[22]Vid., por ejemplo, TIEDEMANN/KINDHÄUSER, Umweltstrafrecht - Bewährung oder Reform?, NSTz 1988, p. 340; SCHÜNEMANN, Triffterer-FS, p. 452; el mismo, Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht, p. 26-27.

[23]Vid. especialmente HOHMANN, GA 1992, p. 85; más radical en este sentido, MÜLLER-TUCKFELD, Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente, p. 509.

[24]El diagnóstico sociológico acerca de esa “sociedad del riesgo” es sobradamente conocido. Sobre la sociedad del riesgo, además de la obra canónica de BECK, La sociedad del riesgo, passim, puede verse STERZEL, KJ 1992, pp. 28-31 ; HILGENDORF, Gibt es ein “Strafrecht der Risikogesellschaft”?, NSTz 1993, pp. 10 ; STRATENWERTH, ZStW 105 (1993), pp. 679 ss. ; KUHLEN, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, GA 1994, pp. 347 (artículo en el que se recensionan las dos obras que, dentro del Derecho penal, más profundamente han abarcado ese fenómeno : PRITTWITZ, Strafrecht und Risiko, Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, 1993 ; y HILGENDORF, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft, 1993) ; BARATTA, Jenseits der Strafe – Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft, en: Strafgerechtigkeit, Arthur Kaufmann-FS, 1993, pp. 391 ss. pp. 400 ss.; PÉREZ DEL VALLE, Sociedad de riesgos y reforma penal, PJ 1996, 2, pp. 61 ss. ; PAREDES CASTAÑÓN, AP 1997, pp. 217 ss. ; MÜLLER-DIETZ, Gibt es Fortschritt im Strafrecht?, Triffterer-FS, 1996, pp. 677 ss. ; WINTER, KJ 1998, pp. 518 ss. ; SILVA SÁNCHEZ, La expansión del derecho penal, 2ª edición, 2001, pp. 26 ss. ; MENDOZA BUERGO, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, 2001, passim, especialmente pp. 24 ss.

[25]WINTER, Das Recht in der Risikogesellschaft, KJ 1998, p. 520, PRITTWITZ, Funktionalisierung des Strafrechts, StrV 1991, p. 438; el mismo, Strafrecht und Risiko, 1993, p. 54.

[26]JONAS, El principio de responsabilidad, pp. 32 s. ; BECK, La sociedad del riesgo, pp. 27 s.; MENDOZA BUERGO, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, p. 26.

[27]De modo similar, W. LÜBBE, Handeln und Verursachen. Grenzen der Zurechnungsexpansion, en: H. Lübbe (editor), Kausalität und Zurechnung, 1992, pp. 223 ss. ; SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal, p. 45 s.

[28] Cfr. BIRULÉS, Responsabilidad política, en: Cruz/Aramayo (editores), El reparto de la acción. Ensayos en torno a la responsabilidad, 1999, p. 143, y nota 7 : “P. Ricoeur o H. Jonas han enfatizado de qué modo el obrar humano tiene consecuencias para la preservación del medio ambiente, de modo que si la naturaleza había sido una suerte de destino, ahora hemos de responder de él” ; ROLDÁN, Razones y propósitos : el efecto boomerang de las acciones individuales, en: Cruz/Aramayo (editores), El reparto de la acción. Ensayos en torno a la responsabilidad, 1999, pp. 57 ss.; MENDOZA BUERGO, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, pp. 27-28.

[29]BECK, La sociedad del riesgo, 1998, p. 26 : “La promesa de seguridad crece con los riesgos y ha de ser ratificada una y otra vez frente a una opinión pública alerta y crítica mediante intervenciones cosméticas o reales en el desarrollo

técnico-económico”. Cfr. también, sobre la necesidad de responsables, SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal, p. 45 s., concibiéndolo como emanación de una “sociedad de sujetos pasivos”; MENDOZA BUERGO, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, pp. 43-44. Vid. también ALBRECHT, Erosionen des rechtstaatlichen Strafrechts, KritV 1993, p. 163.

[30] Por cuanto los “efectos secundarios” de las acciones para la naturaleza en su conjunto apenas son previsibles. Cfr., por ejemplo, SPAEMANN, Technische Eingriffe in die Natur, p. 193: “La imposibilidad de una teoría científica de la naturaleza como un todo tiene a su vez como consecuencia que los efectos secundarios de nuestras acciones para la naturaleza como un todo no son en general previsibles”.

[31] JONAS, El principio de responsabilidad, p. 42: “‘Ética orientada al futuro’ no quiere decir un ética en el futuro - una ética futura imaginada por nosotros para quienes algún día nos sucedan -, sino una ética actual que se cuida del futuro, que pretende proteger a nuestros descendientes de las consecuencias de nuestra acciones presentes”.

[32] JONAS, El principio de responsabilidad, pp. 66-67.

[33] Vid., por ejemplo, JONAS, El principio de responsabilidad, p. 37: “Son el actor colectivo y el acto colectivo, los que aquí representan un papel”.

[34] Cfr. JONAS, El principio de responsabilidad, p. 33; SAMSON, Kausalitäts- und zurechnungsprobleme im Umweltstrafrecht, ZStW 99 (1987), p. 618. Sobre ese fenómeno y los llamados “efectos cumulativos”, cfr. in totum DAXENBERGER, Kumulationseffekte, especialmente pp. 47 ss.

[35] Además de la obra de Daxenberger citada en la nota anterior, sobre los daños cumulativos puede verse, FEINBERG, The moral limits of the Criminal Law, Volumen primero: Harm to others, 1984, pp. 225 ss.; SAMSON, ZStW 99 (1987), pp. 620 ss.; SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal, 2ª edición, 2001, pp. 131 ss.; MENDOZA BUERGO, Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto, 2001, pp. 61 ss.; 490 ss. El criterio del daño cumulativo ha sido introducido en la dogmática penal especialmente por Kuhlen, para con ello configurar como “delitos cumulativos” determinados tipos legales protectores del medio ambiente, tales como el delito de contaminación de las aguas del § 324 StGB. Cfr. sobre ello, KUHLEN, Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung (§ 324 StGB), GA 1986, pp. 389 ss.; el mismo, ZStW 105 (1993), pp. 697 ss.

[36] Cfr. en este sentido, KUHLEN, GA 1986, pp. 399 ss.; el mismo, ZStW 103 (1993), p. 714.

[37] En esta línea, STRATENWERTH, ZStW 105 (1993), p. 681.

[38] SEELMANN, NJW 1990, p. 1262; STERZEL, KJ 1992, p. 28; ROXIN, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3ª edición, 1997, AT 2/23e.

[39] En general sobre las características de ese Derecho penal clásico, si bien no del todo coincidente con la aquí planteada, HASSEMER, Persona, mundo y responsabilidad, pp. 24 ss., 43 ss. Una diferenciación equivalente entre los criterios de responsabilidad “clásicos” y los que son precisos en una sociedad tecnológica establece JONAS, El principio de responsabilidad, pp. 24 s., 29 ss., 32 ss.

[40] HASSEMER, Persona, mundo y responsabilidad, 1999, pp. 30, 53, 55 ss.; KINDHÄUSER, Universitas 1992, p. 228; MÜLLER-DIETZ, Triffterer-FS, p. 679; KUHLEN, ZStW 105 (1993), p. 700; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea, LH a Valle Muñiz, 1999, pp. 688, 693.

[41] Vid. SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal, pp. 28: lo relevante no serían modalidades delictivas intencionales, sino las basadas en el “fallo técnico”.

[42] STRATENWERTH, ZStW 105 (1995), p. 684: “La previsibilidad de un resultado de lesión no puede servir ya como criterio”.

[43] ROXIN, AT 2/23c; HASSEMER, Persona, mundo y responsabilidad, pp. 60, 180.

[44] Sobre la noción de responsabilidad vicaria, cfr. WHITELEY, C.H., Responsibility, Proceedings of the Aristotelian Society 40 (1966), p. 229; GARZÓN VALDÉS, Los enunciados de responsabilidad, en: Cruz/Aramayo (editores), El reparto de la acción. Ensayos en torno a la responsabilidad, 1999, p. 187.

[45] KUHLEN, ZStW 105 (1993), pp. 699, 716 ss.; el mismo, GA 1994, pp. 362 s.; STRATENWERTH, ZStW 105 (1993), p. 681; SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal, pp. 131 ss.

[46] STRATENWERTH, ZStW 105 (1993), p. 681; ROXIN, AT 2/23a; HASSEMER, Persona, mundo y responsabilidad, pp. 55 s., 59; MENDOZA BUERGO, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, pp. 78 s.

[47] Sobre dicha flexibilización, como tendencia propia de un “Derecho penal del riesgo”, han hecho mención PÉREZ DEL VALLE, PJ 1996, 2, p. 67; MENDOZA BUERGO, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, p. 98. Por lo demás, cfr. la discusión sobre la causalidad y sus límites de aplicación surgida a partir de las decisiones jurisprudenciales del caso de la colza y el caso del spray para cuero: PÉREZ DEL VALLE, ADPCP 1996, pp. 979 ss.; PAREDES, en: Paredes Castañón/Rodríguez Montañés, El caso de la colza. Responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos, 1995, pp. 70 ss.; GIMBERNAT ORDEIG, La omisión impropia en la dogmática penal alemana. Una exposición, en: Gimbernát Ordeig, Ensayos Penales, 1999 pp. 330 ss.; BRAMMSEN, Kausalität- und Täterschaftsfragen bei Produktfehlern, Jura 1991, pp. 533 ss.; HASSEMER, en: Hassemer/Muñoz Conde, La responsabilidad por el producto en Derecho penal, 1995, pp. 124 ss.; PUPPE, La imputación objetiva, 2001, pp. 15 ss.

[48] HILGENDORF, NSz 1993, p. 11. En similar sentido, HERZOG, Límites al control penal de los riesgos sociales, ADPCP 1993, p. 319; DAXENBERGER, Kumulationseffekte, pp. 47 ss. Con respecto al medio ambiente, manifiesta MORALES PRATS, La estructura del delito de contaminación ambiental, en: Valle Muñiz (coordinador), La protección jurídica del medio ambiente, 1997, p. 226, que “el Derecho penal no puede afrontar la protección del medio ambiente por medio de las técnicas de tutela clásicas”.

[49] Así, por ejemplo, MENDOZA BUERGO, El Derecho penal en la sociedad del riesgo, p. 93.

[50] Cfr. HASSEMER, Persona, mundo y responsabilidad, pp. 30-38; 46-63. Vid. asimismo, ALBRECHT, KritV 1993, pp. 163, 165 ss.; HERZOG, ADPCP 1993, p. 317.

- [51] Así, por ejemplo, HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, p. 70. Vid. asimismo, ALBRECHT, *KritV* 1993, p. 163; NAUCKE, *Schwerpunktverlagerungen im Strafrecht*, *KritV* 1993, pp. 154 ss.; BARATTA, *Arthur Kaufmann-FS*, p. 413. Con carácter genérico, vid. asimismo, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, p. 305.
- [52] SCHÜNEMANN, *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual del Derecho penal*, *ADPCP* 1996, pp. 193 y 194, respectivamente.
- [53] SCHÜNEMANN, *ADPCP* 1996, p. 195.
- [54] Cfr. especialmente SCHÜNEMANN, *ADPCP* 1996, pp. 192 s., intentando incorporar supuestos “derechos” de las generaciones futuras en virtud de la imagen del contrato social; el mismo, *Triffterer-FS*, pp. 438, 440; el mismo, *Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht*, pp. 27 ss.
- [55] SCHÜNEMANN, *ADPCP* 1996, p. 198
- [56] KUHLEN, *ZStW* 105 (1993), p. 698.
- [57] KUHLEN, *ZStW* 105 (1993), p. 716.
- [58] KUHLEN, *ZStW* 105 (1993), pp. 718 ss.
- [59] Cfr., por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, p. 132, con ulteriores referencias.
- [60] Cfr. KUHLEN, *GA* 1986, p. 404, nota 71. Vid. sobre ello también SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, p. 133.
- [61] Cfr. KUHLEN, *ZStW* 105 (1993), p. 719.
- [62] MÜLLER-TUCKFELD, *Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente*, p. 513; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, pp. 127 ss.; 134 ss. Crítico también con el tipo de contaminación de las aguas del StGB, KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, p. 231.
- [63] KUHLEN, *ZStW* 105 (1993), p. 713.
- [64] KUHLEN, *ZStW* 105 (1993), p. 714.
- [65] Así, entre otros, SEELMANN, *NJW* 1990, p. 1259; DAXENBERGER, *Kummulationseffekte*, p. 66; MÜLLER-TUCKFELD, *Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente*, p. 466
- [66] Vid. KINDHÄUSER, *Sicherheitsstrafrecht*, *Universitas* 1992, p. 232, quien reprocha que se parte de una “Systemschuld”; MENDOZA BUERGO, *Delitos de peligro abstracto*, p. 491-492.
- [67] Cfr., por ejemplo, una crítica sobre ello en SILVA SÁNCHEZ, *LL* 1997, p. 1718.
- [68] Cfr., por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, pp. 126 ss; MÜLLER-TUCKFELD, *Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente*, pp. 522-523; HOHMANN, *GA* 1992, p. 86; HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad*, pp. 58-59. En sentido similar, ALBRECHT, *KritV* 1988, pp. 188 ss.
- [69] Como ejemplo de que las críticas a esa tendencia expansiva parten de ese presupuesto, cfr. por ejemplo, SEELMANN, *NJW* 1990, p. 1262; KINDHÄUSER, *Universitas* 1992, pp. 231 ss.; el mismo, *Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht*, pp. 125 ss.
- [70] En este sentido, por ejemplo, KINDHÄUSER, *Helmrich-FS*, p. 969.
- [71] Afirma, por ejemplo, FEIJOO SÁNCHEZ, *LL* 1998, p. 1882, que “precisamente el dato que suele diferenciar en este ámbito el injusto administrativo del injusto penal es la mayor capacidad lesiva de la conducta con respecto a bienes jurídicos individuales”
- [72] Sobre ello y lo siguiente, cfr. JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, 1995, 1/7, 29/57 ss. (“altruismo”); el mismo, *La imputación penal de la acción y la omisión*, 1996, pp. 49 ss. Sobre ello, vid. también, siguiendo al autor anterior, SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999, pp. 27 ss.
- [73] BAYERTZ, *Die Solidarität und die Schwierigkeiten ihrer Begründung*, en: Orsi et. al. (editor), *Solidarität. Rechtstheoretische Hefte*, n° 4, 1995, p. 10.
- [74] En otras palabras, no pueden predicarse un “derecho a la vida” de las generaciones futuras. En este sentido, FEINBERG, *Die Rechte der Tiere und zukünftiger Generationen*, en: Birnbacher (editor), *Ökologie und Ethik*, 1996 (edición original 1980), p. 173;
- [75] JONAS, *El principio de responsabilidad*, pp. 66-67. Vid. también BIRNBACHER, *Verantwortung für zukünftige generationen*, p. 80; el mismo, *Sind wir für die Natur verantwortlich?*, p. 105: “altruismo”; ROCK, *Theologie der Natur*, p. 97: “solidaridad entre generaciones”; SPAEMANN, *Technische Eingriffe in die Natur*, p. 199.
- [76] ROCK, *Theologie der Natur*, p. 97.
- [77] Sobre esta clase, vid. especialmente MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, 1997, pp. 21 ss., y passim. Este autor destaca que, de una parte, sólo serán bienes jurídicos intermedios aquellos cuya tipificación incorpora expresamente la remisión al peligro para los bienes personales (p. 22). A mi modo de ver, más que la referencia expresa, lo relevante será si la conformación del bien jurídico permite llegar a esa exigencia por vía interpretativa. Por ejemplo, en el delito de conducción bajo influencia de alcohol o drogas no aparece tal mención, pero creo indudable la configuración de la seguridad del tráfico como un bien intermedio. Vid. también FEIJOO SÁNCHEZ, *LL* 1998, p. 1882, sobre la seguridad del tráfico: “bien jurídico colectivo intermedio con un claro referente individual”.
- [78] Siguiendo, en forma similar, esa clasificación, cfr. BREHM, *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährungsdelikte*, 1973, 137 ss.; SCHÜNEMANN, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit- und Gefährungsdelikte*, *JA* 1975, pp. 798; el mismo, *Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht*, p. 25; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, 1981, pp. 276 ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, pp. 299 ss.
- [79] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 301.
- [80] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 301, citando a Loos.
- [81] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 302. En sentido similar, destaca SCHÜNEMANN, *Vom Unterschichts- zum Oberschichtsstrafrecht*, p. 25, que respecto de estos bienes jurídicos la distinción entre peligro y



lesión carece de sentido.

[82] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, p. 300, plantea la posibilidad de configurar el medio ambiente como bien jurídico institucional. Por su parte, MATA Y MARTÍN, Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, p. 27 considera que en la regulación del delito ecológico del actual CP (artículo 325) se da una doble configuración del bien jurídico medio ambiente: en su modalidad básica aparece como un delito colectivo o institucional; y en su modalidad agravada, en tanto en cuanto precisa de un peligro para intereses personales, estamos ante un bien jurídico intermedio.

[83] La fundamentación de la defensa del medio ambiente en virtud del principio de solidaridad se aprecia también en quienes acogen una perspectiva ecocéntrica. Cfr., por ejemplo, FRASER-DARLING, Die Verantwortung des Menschen für seine Umwelt, p. 16, quien, citando a Aldo Leopold, asume la “Tierra” como una comunidad a la que los mismos hombres pertenecemos, siendo en virtud de esa pertenencia desde la que surge el deber de cuidar el medio ambiente.

[84] En este sentido, destaca SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal, p. 136, nota 324, que “la lógica de la acumulación no sólo se suscita a propósito de los nuevos riesgos, sino en delitos bastante más tradicionales (así, en materia fiscal). Se halla, por tanto, bastante más arraigada de lo que a primera vista pudiera parecer, pues normalmente aparece oculta tras consideraciones formalistas de infracción de deberes”. (Cursivas añadidas).

[85] RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Delitos de peligro, p. 301. En igual sentido, MATA Y MARTÍN, Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, p. 37, citando doctrina italiana. Ya dentro del ámbito de discusión del daño cumulativo en el medio ambiente, ello es resaltado también por el mismo KUHLEN, ZStW 105 (1993), pp. 721 s., así como por SILVA SÁNCHEZ, LL 1997, p. 1717; el mismo, La expansión del Derecho penal, pp. 128 ss.

[86] Así, SILVA SÁNCHEZ, La expansión del Derecho penal, p. 128.

[87] Cfr., por ejemplo, MÜLLER-TUCKFELD, Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente, p. 520.

[88] El mismo HASSEMER, Persona, mundo y responsabilidad, p. 68, reconoce la necesidad de protección de determinados bienes universales y de la técnica del peligro abstracto. Si bien es cierto que este autor no pertenece a la facción más radical de la Escuela de Frankfurt.

[89] Sobre ello, me permito remitir a ALCÁCER GUIRAO, Los fines del Derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política, ADPCP 1998, pp. 478 ss.

[90] Así, por ejemplo, HASSEMER, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, en: Jenseits der Funktionalismus, Arthur Kaufmann-FS, 1989, p. 91.

[91] Cfr. RAWLS, Teoría de la justicia, 1995, pp. 82 ss., pp. 598 ss.

[92] Así, por ejemplo, FORST, Kontexte der Gerechtigkeit, 1996, p. 178.

[93] RAWLS, Gerechtigkeit als Fairness. Politisch und nicht metaphysisch, en: Honeth (editor), Kommunitarismus, 1993, p. 43.

[94] Cfr. asimismo HASSEMER, Arthur Kaufmann-FS, 91, 92; KARGL, ARSP 1996, p. 495, quien pone en relación la noción de bien jurídico como interés personal con el programa liberal de Rawls.

[95] Ello es lo que viene a poner de manifiesto HASSEMER, Arthur Kaufmann-FS, p. 93, cuando resalta que al “arsenal teórico” de la concepción personal del bien jurídico “pertenece el planteamiento crítico de si, y de qué modo, puede realmente la protección del Derecho penal asegurar los intereses de los hombres”

[96] En similar sentido, HASSEMER, Arthur Kaufmann-FS, p. 92

[97] KINDHÄUSER, Personalität, Schuld und Vergeltung, GA 1989, p. 496.

[98] KINDHÄUSER, Rationaler Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote, en: Lüderssen (editor), Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse, 1998, p. 264; en similar sentido, KARGL, Friedenssicherung durch Strafrecht, ARSP 1996, p. 496.

[99] KINDHÄUSER, Rationaler Rechtsgüterschutz durch Verletzungs- und Gefährdungsverbote, p. 264.

[100] Noción de “solidaridad” que no implica necesariamente la asunción de un presupuesto deontológico y altruista de respeto a los mismos por parte del ciudadano: dado – pero sólo en esa medida – en que esos bienes pueden fundarse en la maximización de la libertad de todo ciudadano, éste podrá encontrar razones teleológicas – orientadas hacia esa maximización – de respeto hacia los mismos. El problema en este ámbito es al que remite la discusión acerca de la decisión racional en las situaciones estratégicas de varios actores, ejemplificadas gráficamente con el dilema del prisionero.

Ello conecta, además, con un ámbito distinto de discusión que, aunque fundamental, aquí sólo puede dejarse apuntado. A mi entender, el presupuesto de la funcionalidad para la libertad personal de esos bienes institucionales no es sólo criterio de legitimidad, sino también condición de eficiencia en lo tocante al ejercicio del respeto hacia esos bienes. Y ello porque si partimos – como creo correcto – de un modelo de ciudadano racional e interesado en su libertad, mayor será su tendencia al respeto de las normas cuanto mayor sea la vinculación de lo protegido por las mismas con la maximización de su libertad. Sobre esto y lo expuesto en el párrafo anterior, con respecto a las razones de obediencia al derecho en una sociedad liberal, cfr. ALCÁCER GUIRAO, ADPCP 1998, 557 ss.

[101] BUSTOS, Los bienes jurídicos colectivos, RFDUC 11 (1986), p. 160, poniendo como ejemplo el delito fiscal.

[102] Ello, por ejemplo, aparece claramente expresado en las consideraciones que hace SAX, “Tatbestand” und Rechtsgutsverletzung (III), JuS 1976, p. 433, nota 32, con respecto a la posibilidad de peligro o lesión de un bien jurídico concebido – al modo neokantiano – como un ente ideal de valor (lo que viene a identificarse con la propia norma de conducta): “Un único ataque no es capaz de lesionar el bien jurídico, no puede hacerle perder su vigencia, por lo que no lo pone en peligro de lesión ni lo hace, por tanto, peligrar. Ello es así con seguridad con respecto a un único ataque aislado. Pero un gran número de esos ataques, si no son castigados, es idóneo para debilitar o incluso suprimir la vigencia del bien jurídico”.

[103] Porque, en los términos manejados por MATA Y MARTÍN, Bienes jurídicos intermedios, p. 31, ni son de carácter homogéneo con respecto a los bienes jurídicos individuales (ejemplo: salud pública y salud individual en algunos fraudes alimentarios), ni se encuentran en una misma dirección de ataque del comportamiento punible.

[104] Vid. de nuevo MATA Y MARTÍN, Bienes jurídicos intermedios, p. 31, quien pone como ejemplo de esa misma dirección de ataque precisamente el medio ambiente con respecto a la salud individual.

[105] RAWLS, Teoría de la justicia, p. 280.

[106] KINDHÄUSER, Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht, pp. 125-127. La formulación del texto es una recopilación de diversas manifestaciones del autor citado.

## LA PROTECCIÓN DEL FUTURO Y LOS DAÑOS CUMULATIVOS

Rafael Alcácer Guirao

**RESUMEN:** *El presente artículo analiza el fenómeno expansivo del Derecho penal enfocado desde la actual discusión político-criminal acerca de la legitimidad de la protección del medio ambiente como un medio de asegurar la supervivencia de las generaciones futuras, poniendo en relación la legitimidad de dicho cometido – el del aseguramiento del futuro – con los problemas de imputación penal y con los llamados daños cumulativos, para llegar a la conclusión de que, si bien la idea de daño cumulativo no es tan novedosa como aparece, por cuanto es el criterio de imputación de riesgos de no pocos bienes jurídicos institucionales, su presencia en el ámbito medioambiental sólo aparece legítimo en virtud de la previa legitimidad de ese cometido asegurador del futuro, el cual, a su vez, sólo puede invocarse desde criterios de solidaridad mínima, y no desde el presupuesto de la autonomía individual.*

**PALABRAS CLAVES:** *Expansión del Derecho penal, medio ambiente, daños cumulativos, bienes jurídicos colectivos, autonomía individual vs. solidaridad.*

**FECHA DE PUBLICACIÓN EN RECPC:** 13 de mayo de 2002